

**Función Pública**

Sentencia 2012-00197 de 2021 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Amparada en el ejercicio de la facultad discrecional / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - No exige motivación / EMPLEADO DE CONFIANZA /BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO - No enerva la facultad discrecional

[E]l cargo de Gerente - Nivel Directivo, Código 039, Grado 04 en la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales del FONCEP, corresponde a los cargos de libre nombramiento y remoción, y al no existir controversia al respecto, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos, ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, ni mucho menos la naturaleza del cargo o las funciones desempeñadas; circunstancia que hace viable que el nominador válidamente lo retire del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo. En estos casos, el factor determinante para la provisión de estos cargos radica en la confianza y responsabilidad que se necesita para el desempeño de las funciones encomendadas, circunstancia que le permite al nominador disponer libremente para seleccionar y/o retirar a sus empleados, atendiendo las labores a desarrollar y el grado de confiabilidad que se exige, incluso sin que sea necesario expresar los motivos tenidos en cuenta para adoptar tal determinación. (...) Adicional a lo anterior, el buen desempeño del demandante en el empleo, de modo alguno enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia y porque posterior a su retiro, no se probó ninguna circunstancia negativa que hubiese afectado el servicio público a cargo de la dependencia que él dirigía. Así las cosas, para el desempeño de los empleos de libre nombramiento y remoción, la confianza es el elemento esencial, por lo que el uso de la facultad discrecional resulta adecuado, para estos casos. NOTA DE RELATORIA: Referente a la virtud del nominador sobre los cargos de libre nombramiento y remoción de poder disponer libremente de la plaza, nombrar, confirmar o remover a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera, ver: Corte Constitucional, sentencia C - 514 del 16 de noviembre de 1994, Exp. D-621. M.P. José Gregorio Hernández

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 5 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 36

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / DESVIACIÓN DE PODER - Inoperancia / CARGA DE LA PRUEBA

Para la Sala, los motivos alegados como desviación de poder para la declaratoria de insubsistencia, se tratan de manifestaciones subjetivas, realizada por el demandante al sustentar su demanda, con base en apreciaciones de índole personal, sin que haya logrado demostrar que las razones que llevaron al nominador a tomar la decisión del retiro, como tampoco se logró desvirtuar que se encuentre sustentado en motivos diferentes al mejoramiento del servicio y en ejercicio de la facultad discrecional que la ley le otorga, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción. NOTA DE RELATORIA: Referente a la desviación de poder, ver: C. de E, Sección Segunda, sentencia del 22 de noviembre de 2018, Rad. 250012342000201501406-01 (5037 - 2016) M.P. William Hernández Gómez. Respecto al mismo tema, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2009, Rad. 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTÍCULO 167

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00197-01(0586-14)

Actor: JAIME FAJARDO CEDIEL

Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Insubsistencia

Segunda Instancia - Ley 1437 de 2011

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) por medio de la cual la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda promovida por el señor Jaime Fajardo Cediél contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

1. Demanda

Jaime Fajardo Cediél, actuando en nombre propio, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó se declare la nulidad de la Resolución 0195 del 8 de febrero de 2012, a través de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como Gerente - Nivel Directivo - Código 039 Grado 04, cargo de libre nombramiento y remoción, que ocupaba desde el 1 de febrero de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo de Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales - Código 39 - Grado 01 - Nivel Directivo, a partir del 10 de febrero de 2012, o en un cargo del mismo nivel o superior con funciones afines. De la misma forma petitionó el pago de los salarios, primas, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el 10 de febrero de 2012 hasta la fecha en que se haga efectivo en debida forma el reintegro; se efectúen las cotizaciones en salud en la EPS Sanitas y en pensiones ISS desde el momento del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro, asumiendo las multas, sanciones a las que haya lugar, al igual que lo correspondiente a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR, y se realicen los respectivos descuentos que le correspondan como servidor público del FONCEP.

También solicitó se le cancele a título de indemnización de perjuicios por los daños morales (personales, familiares y profesionales) la suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000), por haber sido vulnerada su honra y buen nombre al interior de la entidad y ante la opinión pública, situación que le ha cerrado oportunidades laborales teniendo en cuenta que media un acto administrativo que declara una insubsistencia.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 117 – 133), en síntesis, son los siguientes:

El demandante fue nombrado por el Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP mediante la Resolución 0227 del 31 de enero de 2011, en el cargo de Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales, Código 039 Grado 01, Nivel Directivo de libre nombramiento y remoción, cargo del cual tomó posesión el 31 de enero de 2011, con fecha de efectividad 1 de febrero de 2011.

Por medio de la Resolución 0195 del 8 de febrero de 2012, la Directora General del FONCEP declaró a partir del 10 de febrero de 2012, insubsistente el nombramiento del demandante.

Sostuvo que mediante el Decreto 409 del 6 de septiembre de 2011, la Alcaldesa Mayor de Bogotá, en cumplimiento a la sentencia del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Administrativo de Bogotá, reintegró a la doctora Diana Marina Vélez Vásquez, en el cargo de Directora General Código 050 Grado 03 de la entidad, con acta de posesión 203 del 16 de septiembre de 2011.

Manifestó que “[m]ediante comunicación interna FONCEP radicado No. 2011IE7308 del día 7 de diciembre de 2011 la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales remitió al Subdirector de Prestaciones Económicas (Superior Jerárquico) 29 liquidaciones correspondientes a cuotas partes pensionales con las especificaciones solicitadas por el citado funcionario, las que dieron como resultado un valor a pagar que ascendía a la suma de DOS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (2.226.760.628.00), sin aplicar prescripción e incluyendo todos los factores salariales, a las que adjuntamos (la gerencia) otras 29 liquidaciones correspondientes a los mismos pensionados en las que se reiteró el criterio institucional la decisión del Comité de Conciliación de la Entidad y el mandato legal respeto a la aplicación de la prescripción y la concurrencia de factores salariales en el pago de cuotas partes pensionales a la Policía Nacional, institución que cuenta con un régimen especial no aplicable a los exservidores de Bogotá D.C., liquidaciones que arrojaron un valor a pagar de SESICIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$691.751.740.00) en las que se estableció una diferencia de UN MIL (sic) QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$1.535.008.888.00) M/CTE, valor e información que se omitió en la firma del acuerdo de pago 001 – 2011 suscrito el día 16 de diciembre de 2011 entre la Policía Nacional – FONCEP – incurriendo así en un presunto detrimento patrimonial por parte de la Directora General del FONCEP y el Subdirector de Prestaciones Económicas en contra de la Entidad a la que están vinculados”

Afirmó que el 22 de diciembre de 2011 fue enviado a la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales por parte de la Directora General de FONCEP, el proyecto de resolución por el cual se ordena el pago de cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, por un valor de \$415.979.773.60, para que, en calidad de Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales, cargo que desempeñaba el demandante en ese momento, efectuara la revisión y aprobación, el cual no iba acompañado de ningún soporte. Afirmó que ese mismo día, recibió llamada telefónica de la Gerencia “quien me impartió instrucciones para que firmara de manera inmediata el proyecto de resolución (...) aduciendo que se requería con suma urgencia toda vez que la Señora Alcaldesa estaba enterada del tema.”

Sostuvo que producto de la revisión efectuada, estableció que el proyecto de resolución por el cual se ordenaba el pago de cuotas partes pensionales en virtud del acuerdo de pago 001 – 2011 del 16 de diciembre de 2011 por concepto de \$3.271.525.190.60, “hecho que no corresponde a la realidad contable ni jurídica toda vez que mediante comité de conciliación del FONCEP celebrado el día 20 de octubre de 2011 como consta en “ACTA No. 017-2011...” se determinó: “... DECISIÓN DEL COMITÉ: Teniendo en cuenta el tema analizado, los miembros que conforman el comité de conciliación de la entidad adoptan como decisión no conciliar...”

Refirió que, al encontrar las inconsistencias en el proyecto de resolución remitido por la Dirección General, la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales mediante comunicación interna No. 2011IE7567 del 23 de diciembre de 2011 remitido a la Dirección General, el cual contiene el resultado de la revisión con el fin de que sea corregido y corresponda a la realidad jurídica y contable de la entidad, del cual nunca recibió respuesta por parte de la directora del FONCEP. Luego, mediante correo electrónico del 27 de diciembre de 2011, la Tesorería de la entidad solicitó a la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales la relación por terceros correspondiente a pensionados por los cuales se efectuó el pago a la Policía Nacional, sin que para esa fecha se haya proyectado, aprobado ni firmado por la Gerencia acto administrativo que ordenara el pago a la institución policial. Con ocasión de las indagaciones adelantadas por los funcionarios de contabilidad de la Gerencia a cargo de demandante, se expidió la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011 a través de la cual se ordena el pago de las cuotas partes pensionales

por valor \$415.979.773.60, el cual no fue conocido por el demandante.

Advirtió con extrañeza que, dos días después de haberse efectuado el pago por FONCEP, es decir, el 22 de diciembre de 2011, la Directora General de la entidad, envió a la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales el proyecto de resolución por el cual se ordena el pago, sin revisión previa por parte del área que dirige el demandante, demostrando la desviación de poder por parte de la directora de la entidad. Acorde con lo anterior, consideró que la Dirección General omitió las recomendaciones que se venían dando por parte del área misional y técnica en el tema, esto es, *“que la Policía Nacional por gozar de un régimen especial reconoce a su personal pensiones con los factores establecidos por el Decreto 2247 de 1984 respecto de los cuales el FONCEP no está obligado a concurrir en el pago”*.

Mencionó que el acuerdo de pago fue suscrito pese a que el FONCEP en comité de conciliación había determinado acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de obtener la nulidad de los actos proferidos por la Policía Nacional mediante cobro coactivo.

Manifestó que la Dirección General de la entidad como la Subdirección de Prestaciones Económicas desatendieron en su totalidad las observaciones realizadas mediante comunicación interna No. 2011IE7567 del 23 de diciembre de 2011, escrito en el que se pone de manifiesto las inconsistencias contables y jurídicas que debían ser corregidas, por el contrario, profiere la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, por medio del cual se ordenó el pago de las cuotas partes pensionales.

Sostuvo que fue citado al despacho de la directora de la entidad, citación al la que acudió con el señor Rogelio Sánchez, servidor de planta y encargado de los informes contables correspondientes a las cuotas partes por pagar y cobrar, reunión en la que la directora les ordenó efectuar la legalización del acuerdo y/o compensación, gestión que no era procedente adelantar teniendo en cuenta que los valores contenidos no corresponden a los valores que se habían cobrado a la institución.

Aseveró que, como resultado de la alerta puesta en conocimiento de la Dirección General, para que no se vieran afectados los recursos de la entidad, fue declarado insubsistente su nombramiento como Gerente – Nivel Directivo – Código 039 Grado 04, tal como consta en la Resolución 0195 del 8 de febrero de 2012, cargo que desempeñó hasta el 10 de febrero de 2012, aseguró que el motivo fue haberse detectado inconsistencias en el proyecto de resolución referido, y por no haber accedido a la legalización de los valores que no correspondían a las cuentas de cobro remitidas por la Policía Nacional, ocasionando un detrimento patrimonial en contra del FONCEP.

Aseguró que puso en conocimiento de los organismos de control del orden distrital quejas en relación con el trámite de pago de las cuotas partes pensionales del FONCEP ante la Contraloría Distrital (25 de mayo de 2012), la Personería de Bogotá (28 de mayo de 2012).

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1, 2, 3, 6, 25 y 53 de la Constitución Política; 2, 44 del C.C.A.

2. Contestación de la demanda

El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (ff. 161 a 178 del expediente):

Manifestó que no es procedente la nulidad del acto administrativo demandado y el consecuente reintegro, toda vez que el cargo ocupado era de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, unido a la facultad de que goza la administración de nombrar y remover libremente a sus empleados, en aras del buen servicio.

Alegó que el demandante fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, conforme al artículo 5 de la Ley 909 de 2004, por lo que en uso de las facultades discrecionales retiro al demandante conforme a la facultad discrecional, la cual desarrolla la administración en aras de prestar un buen servicio, sin que se genere una conducta de la que se pueda apreciar desviación de poder.

Sostuvo que el acto administrativo goza de plena legalidad, ajustándose a los lineamientos jurídicos y sin que se pueda evidenciar violación alguna a los preceptos constitucionales. Y en relación con los cargos de falsa motivación y desviación de poder, manifestó que de conformidad con la clasificación de los empleados públicos del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, el cargo ocupado por el demandante se clasifica de libre nombramiento y remoción, en consecuencia, le es posible a la administración disponer de éste de conformidad con la facultad discrecional de la cual goza.

Propuso las excepciones de legalidad del acto atacado, ausencia de causa para pedir, inepta demanda y cobro de lo no debido.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de sentencia proferida el 10 de octubre de 2013, negó las pretensiones de la demanda.

Luego de relacionar el material probatorio allegado al expediente, advirtió que en relación con las posibles inconsistencias en el proyecto de resolución mediante el cual se ordenaba el pago de las cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional frente a los factores salariales a tener en cuenta y el fenómeno de la prescripción, no encontró respaldo probatorio al respecto, pues si bien se allegó el proyecto de resolución y el acto por medio del cual se materializó el pago referido, así como un formato consolidado de cuotas partes cobradas por la entidad demandada en agosto de 2011, no reposa los soportes de la suma adeudada por la entidad accionada a la Policía Nacional, para poder establecer y determinar si el acto administrativo objetado por el actor contiene o no las irregularidades señaladas.

Y en relación con aplicar el término de la prescripción, sostuvo que no era posible, teniendo en cuenta que del contenido de la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011 se estableció que la Policía Nacional ha venido aportando las respectivas cuentas de cobro que obran como soporte documental en los archivos del FONCEP, interrumpiendo de esta forma la prescripción, así como las entidades han aceptado las cuotas partes, expresamente o guardando silencio, razonamiento que no fue desvirtuado por el demandante, quien debía demostrar las irregularidades que a su juicio fueron el fundamento del retiro. Además, en el acto no se señalan los factores salariales que se tuvieron en cuenta en el acuerdo de pago, circunstancia que no permite analizar y corroborar las inconformidades encontradas por el demandante.

Se refirió respecto a la decisión de no conciliar adoptada por el Comité de Conciliación, para sostener que ello no es suficiente, para que después ante un reexamen del asunto, se pueda advertir un acuerdo de pago, justamente para salvaguardar el patrimonio público, que se vería afectado con una eventual demanda y condena en su contra; además, que no se allegó el acuerdo de pago para analizar los términos exactos de la negociación y determinar si era procedente o no.

Aseveró que en relación con el procedimiento para el pago de cuotas partes pensionales, el demandante no logró demostrar que la entidad no cumplió con ello, alegó en forma genérica que el FONCEP no acató lo dispuesto, sin especificar en qué consistió la vulneración aludida, sin que sea dable verificar el cumplimiento de las fases que conformar los pasos a seguir para el pago.

Hizo referencia a las quejas radicadas ante la Personería y la Contraloría de Bogotá D.C., de las cuales se estableció que no se observaron hechos que conllevaran a un detrimento fiscal.

Y en relación con las declaraciones testimoniales estableció que los deponentes no conocen los motivos que conllevaron a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante, y en relación con el testimonio del señor Rogelio Sánchez quien acudió con el demandante a la oficina de la Directora de la entidad, y a quien se le ordenó legalizar el acuerdo de pago con la Policía, concluyó que la misma obedeció a una orden impartida por el superior jerárquico, que no determina que haya incidido en el retiro del demandante.

Aseguró que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo u el buen desempeño de sus funciones, no otorgan por sí solos a su titular, prerrogativa de permanencia en el mismo, en cuanto pueden darse circunstancias que a juicio del nominador no constituyen plena garantía de la eficiente prestación del servicio.

4. Recurso de apelación

El demandante actuando en nombre propio, formuló recurso de apelación en contra de la sentencia, solicitando se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda, con las siguientes consideraciones (ff. 368 a 383 del expediente):

Reiteró que puso de presente a la Directora General las inconsistencias y falencias que contenía el proyecto de resolución, plasmadas en las comunicaciones internas 2011IE7308 del 7 de diciembre de 2011 y 2011IE7567 del 23 de diciembre de 2011, en donde ninguna entidad está obligada a concurrir en el pago de factores extralegales, y la Policía Nacional por ser un régimen especial reconoce pensiones con los factores establecidos en el Decreto 2247 de 1984, lo que no obliga a las demás entidades a concurrir en el pago de cuotas partes.

Refirió que en la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, la directora tomó los valores remitidos por la Policía Nacional con corte a 31 de agosto de 2011 y omite los valores que reporta la Gerencia de Bonos y Cuotas Pensionales a la Subdirección de Prestaciones Económicas, presentándose una diferencia a favor de la Policía Nacional.

Alegó que *“utilizando desviación de poder de manera desmedida pretende hacer pensar a la administración de justicia que el acto administrativo es legal, siendo que de bulto está demostrada la intención oculta de la directora del FONCEP que con su actuar ocasionó un presunto detrimento patrimonial en contra del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones y a favor de la Policía Nacional.”*

Censuró el desconocimiento de los procesos y procedimientos establecidos por la normatividad que regula la conciliación y se efectuó sin el cumplimiento de los requisitos y sin ningún tipo de soportes. Afirmó que debió realizarse un comité de conciliación que, una vez analizada la nueva postura de las partes, en la que se aportaron las fichas técnicas elaboradas por las gerencias de pensiones y cuotas partes, así como la confrontación de períodos a liquidar, el comité autorizara a la directora a suscribir a nombre de la entidad acuerdo de pago, actuación que no se cumplió. Refirió que la entidad tiene la obligación de conservar la documentación que acompaña el acuerdo de pago, entre ellos, lo decidido en el comité de conciliación.

Manifestó que el acuerdo de pago de FONCEP y la Policía Nacional no fue analizado de fondo por la Contraloría, de acuerdo con el informe rendido, en el cual se llegó a la conclusión que no se ha producido daño fiscal alguno.

Afirmó *“que una es la facultad legal que tiene el nominador y más en cargos de libre nombramiento y remoción y otra totalmente diferente es que se ponga en riesgo como sucedió en FONCEP, y se citó en reglones anteriores su existencia y permanencia como persona jurídica pública, precisamente se debe mencionar que desde el día 13 de febrero de 2012 hasta la fecha han pasado por el Área de Bonos y Cuotas Partes Pensionales cinco (5) gerentes que da en promedio un desempeño en el cargo de 4 meses por cada uno de los titulares, de ésta manera cómo se puede adelantar una gestión seria y sobre todo sólida que garantice estabilidad institucional.”*

5. Alegatos de conclusión

5.1. Por la entidad demandada

En escrito visible a folios 370 a 379 del expediente, el apoderado de FONCEP, presenta alegatos de conclusión en segunda instancia, en los cuales se opone a las pretensiones de la demanda en cuanto no se demostró la existencia de ningún vicio del acto demandado y por el contrario se demostró la legalidad de la actuación administrativa adelantada por la entidad, y por tal motivo, solicita se confirme la sentencia.

Refirió que la insubsistencia es consecuencia del ejercicio de una facultad legal, prevista en la ley como facultad discrecional de la administración, para retirar del servicio, sin motiva la providencia, en razón a que el cargo ejercido por el demandante por pertenecer al nivel directivo, es de libre nombramiento y remoción, por lo que la entidad tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus empleados de conformidad con los criterios orientados al buen servicio y protección de los bienes del Estado.

Mencionó que de las pruebas testimoniales recaudadas coinciden en afirmar que no conocer los motivos por los cuales se declaró insubsistente al demandante, ni se puede inferir que la insubsistencia este viciada de falsa motivación.

Y en relación con la desviación de poder alegada, la idoneidad en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, no tienen relación directa con el vicio invocado, y la parte demandante no tuvo los elementos probatorios suficientes para desvirtuar la legalidad del acto atacado.

5.2. Por la parte demandante

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en escrito visible a folios 422 a 437 del expediente, en el cual reitera los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

Reiteró la desviación de poder generada con la declaratoria de insubsistencia en cuanto no tuvo como propósito el mejoramiento del servicio, sino por el contrario, buscaba el retiro del servicio del demandante, quien se oponía a la realización de conductas reprochables en la administración pública que afectaría la sostenibilidad financiera de la entidad.

Mencionó que el retiro le causó graves perjuicios personales, morales, profesional y económicos, toda vez que lo privó de ingresos de los cuales deriva su sustento como padre cabeza de familia.

Aseveró que no se analizó las pruebas allegadas al proceso, en cuanto la declaratoria de insubsistencia no estuvo inspirada en razones de buen servicio, *“que son las únicas que legitiman y justifican la presunción de legalidad en motivos distintos de carácter personal que afectaron su eficiente prestación”*.

Reiteró que, al detectar inconsistencias en el proyecto de resolución remitido por la Dirección General, la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales mediante comunicación interna 2011IE7567 del 23 de diciembre de 2011 remite escrito en el que contiene el resultado de la revisión con el fin de que sea corregido y corresponda con la realidad jurídica y contable de la entidad, escrito del cual no recibió respuesta alguna. El 20 de diciembre de 2011 se expidió la Resolución 2363 por medio de la cual se ordenó el pago de cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, acto administrativo que no fue aprobado ni firmado por la gerencia que presidía el demandante, y del cual se estaba a la espera de la corrección. Manifestó que la dirección general de la entidad omitió las recomendaciones que se venían dando por parte de la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales, a efectos de evitar que se vieran afectados los recursos de la entidad.

Sostuvo que pese a tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, la directora general de la entidad motivó la declaratoria de insubsistencia tácitamente en el hecho de haberse detectado inconsistencias en el proyecto de resolución remitido, y más aún por no haberse accedido a la legalización de los valores, por no corresponder a la realidad y ocasionando un detrimento patrimonial

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

Vencido el término concedido a las partes para alegar de conclusión, a través del auto de fecha 7 de septiembre de 2015, el Agente del Ministerio Público, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico por resolver

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en establecer si la Resolución 0195 del 8 de febrero de 2012, mediante la cual la directora general del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento como Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales Código 39 Grado 01, adolece de nulidad por desviación de poder.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 10 de octubre de 2013, negó las pretensiones de la demanda.

2.2. De lo probado en el proceso.

Mediante la Resolución 0227 del 31 de enero de 2011 (f. 2), el director general del FONCEP, nombró al demandante en el cargo de Gerente de Bonos y Cuotas Partes – Código 39 Grado 01, Nivel Directivo, cargo de libre nombramiento y remoción, y del cual tomó posesión el 31 de enero de 2011, con fecha de efectividad a partir del 1 de febrero de 2011 (f. 4).

A través del Decreto 409 del 6 de septiembre de 2011 (ff. 5 – 8), la Alcaldesa Mayor de Bogotá D.C., en cumplimiento de una sentencia, reintegró a Diana Marina Vélez Vásquez, en el cargo de Directora General Código 050 Grado 03 del FONCEP, posesionada el 16 de septiembre de 2011 (f. 8).

Acta No. 017 del 20 de octubre de 2011 de la sesión extraordinaria del Comité Técnico de Conciliación, en el cual el demandante, en su condición de Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales recomendó *“no conciliar, ya que se encontraría probadas las excepciones propuestas, pero se puede llevar la propuesta a la audiencia de conciliación de pago de la deuda por concepto de cuotas partes pensionales liquidando con los factores legales y en la proporcionalidad según el estudio de la Gerencia de Pensiones de la entidad y como hace la Policía Nacional en dos de los reconocimientos de prestaciones económicas, que se encuentran ajustados a derecho. (...) Interviene la doctora Diana Marina Vélez Vásquez Directora General de la entidad quien considera que en el presente caso no existe ninguna posibilidad de conciliar, desde ningún punto de vista, toda vez que ellos están tasando a su manera las cifras e incluyendo una cantidad de factores a que ellos tienen derecho y a los que nosotros no tenemos derecho, entonces porque efectuar el pago si se trata de cosas diferentes.”* El Comité adoptó como decisión, no conciliar, no obstante *“se debe efectuar el estudio de los factores con el fin de explicar en la Audiencia de Conciliación Prejudicial de manera clara las diferencias que se presentan entre las liquidaciones efectuadas por las dos (2) entidades.”*

Comunicación interna No. 2011IE7308 del 7 de diciembre de 2011 (ff. 10 – 11) por parte del demandante y dirigida al Subdirector de Prestaciones Económicas del FONCEP, en el que pone de presente las irregularidades presentadas en el proceso de cobro de cuotas partes pensionales por pagar por parte de la Policía Nacional, en cuanto se han dirigido incorrectamente las cuentas de cobro al FONCEP, y sostuvo que *“(...) la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales nuevamente deja sentada su posición, previa aclaración que se ha venido adelantando un proceso de tiempo atrás con la Policía Nacional a través del cual se ha decantado la información pertinente y se ha dispuesto la colaboración y el acompañamiento necesarios a fin de cobrar y pagar las Cuotas Partes Pensionales con la Policía Nacional conforme a derecho.”*

La Directora General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones del FONCEP, a través de la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011 (ff. 30 – 36) ordena el pago de cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, y en la cual expresamente anotó: *“(...) Que el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP – no ha cancelado ningún valor por concepto de cuotas partes pensionales a la POLICIA NACIONAL; de otra parte no se aplica el término de prescripción del artículo 4 de la Ley 1066 de 2006 toda vez que la POLICIA NACIONAL ha venido aportando las respectivas cuentas de cobro que obran como soporte documental en los archivos del FONCEP; interrumpiendo de esta forma el fenómeno de la prescripción citado por la Ley en comento. Y de otra parte, FONCEP y las entidades que la han precedido han aceptado las cuotas partes, expresamente o guardando silencio, operando así en el último caso el fenómeno del silencio administrativo positivo.”* Lo anterior, en consideración al acuerdo de pago No. 001 – 2011 del 16 de diciembre de 2011, correspondiente a las cuotas partes pensionales entre el FONCEP y la Policía Nacional, área de prestaciones sociales, en la cual ordenó pagar la suma de

\$415.979.773,60.

A folios 37 a 49 del expediente, obra copia del Manual de Proceso y Procedimientos para el pago de cuotas partes pensionales.

Comunicación interna No. 2011IE7567 del 23 de diciembre de 2011 por parte del demandante y dirigida a la Directora General del FONCEP, a través de la cual hace unas observaciones a la resolución de pago a la Policía Nacional, en el cual existe diferencia entre el valor que reposa en la contabilidad de la oficina que el dirige, respecto a la suministrada por la Policía Nacional, por lo que *“(...) una vez se realicen las respectivas modificaciones que correspondan con la realidad de los estados financieros de la entidad, se procederá a refrendar el respectivo acto administrativo, el cual deberá acompañarse de los soportes establecidos en la Circular 069 de 2008 suscrita por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Ministerio de la Protección Social. Finalmente, me permito solicitarle las instrucciones necesarias para la legalización, aplicación e imputación de los pagos a favor de la Policía Nacional, toda vez que es el resultado de una compensación de obligaciones recíprocas, para lo cual se requiere la relación de los terceros, períodos y valores correspondientes a cada uno de los terceros que hacen parte del mencionado acuerdo.”*

La Contraloría Distrital de Bogotá dio respuesta al derecho de petición presentando por el demandante, mediante escrito visible a folios 307 a 309 del expediente, en el cual manifestó: *“(...) Como resultado de la Visita Fiscal, no se observaron hechos que conduzcan a un detrimento fiscal y, se consolido un informe definitivo, el cual fue presentado a la Gerencia General del Foncep y, aceptado en su totalidad por la misma*

Mediante requerimiento realizado por el a quo en relación con el derecho de petición presentado por el demandante ante la Contraloría Distrital de Bogotá D.C., la Directora Sector Hacienda, manifestó que:

“(...) ”

En atención (sic) a la solicitud del asunto y referencia, de manera atenta le informo y certifico lo siguiente:

a) *La Contraloría de Bogotá D.C. mediante Radicación N° 1 – 2012 – 22200 de mayo 25 de 2012 recibió el derecho de petición interpuesto por el señor JAIME FAJARDO CEDIEL con cédula de ciudadanía N° 11.434.230 solicitando se investigaran las actuaciones anteriores y la expedición de la Resolución 2363 de diciembre 20 de 2011, por la cual la Directora de FONCEP ordenó el pago de cuotas pensionales a favor de la POLICIA NACIONAL, con ocasión del Acuerdo de Pago 001 – 2011 de diciembre 16 de 2011.*

b) *La Dirección Sector Hacienda, Desarrollo Económico, Industria y Turismo de la Contraloría de Bogotá con oficio de Radicación N° 2 – 2012 – 10485 de junio 13 de 2013, dirigido al señor JAIME FAJARDO CEDIEL, le da respuesta parcial al derecho de petición y le informa que en atención a lo solicitado y por la importancia del tema, realizará una Visita Fiscal programada en el Ciclo II del PAD 2012, dentro de la cual se tendrá como insumo lo denunciado en su derecho de petición.*

c) *En octubre 11 de 2012, la Dirección Sector Hacienda, Desarrollo Económico, Industria y Turismo de la Contraloría de Bogotá, mediante oficio de Radicación N° 2 – 2012 – 18483 dirigido al señor JAIME FAJARDO CEDIEL, le da respuesta definitiva a su derecho de petición, informándole que su solicitud de investigación se incluyó como insumo de la Visita Fiscal realizada a FONCEP denominada “Análisis, revisión y seguimiento a las cuotas partes pensionales con ocasión de la aplicación de la Ley 1066 de 2006, art. 4”. Termina el mencionado oficio así: “Como resultado de la Visita Fiscal, no se observan hechos que conduzcan a un detrimento fiscal y, se consolido un informe definitivo, el cual fue presentando a la Gerencia General de FONCEP y, aceptado en su totalidad por la misma --- s de agregar que el mencionado acuerdo y posterior pago se llevó a cabo entre dos entidades gubernamentales sin que se derivara contraprestación para alguna de las partes.... Por lo anterior, informamos que este ente de control no observa que como resultado del acuerdo y posterior pago efectuado, se haya producido daño fiscal.”*

La Directora General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, a través de la Resolución 0195 del 8 de febrero de 2012 (f. 59), declaró a partir del 10 de febrero de 2012, insubsistente el nombramiento del demandante como Gerente – Nivel Directivo – Código 039 Grado 04, cargo de libre nombramiento y remoción.

A folios 193 a 230 del expediente, obra copia del acta de entrega e informe de gestión de la gerencia de bonos y cuotas partes pensionales, por parte del demandante a la Subdirectora Técnica de Prestaciones Económicas de FONCEP

Mediante la Resolución 0332 del 28 de febrero de 2012, la Directora General del FONCEP, reconoció y ordenó el pago de las prestaciones sociales y factores salariales a los cuales tenía derecho el demandante (ff. 84 – 86). En contra de este acto, interpuso recurso de reposición (ff. 87 – 93), el que fue decidido mediante la Resolución 1151 del 16 de mayo de 2012 (ff. 95 – 98), confirmando el acto recurrido.

El demandante mediante derecho de petición elevado ante la Contraloría de Bogotá (ff. 60 – 66) con fecha 25 de mayo de 2012, “para que a través de la vigilancia fiscal que le corresponde investigue, establezca y determine si las actuaciones anteriores y la expedición de la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011 por la cual la Directora del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP Doctora DIANA MARINA VÉLEZ CÁSQEZ ordeno el pago de cuotas partes pensionales a favor de la POLICIA NACIONAL con ocasión del Acuerdo de Pago 001 – 2011 suscrito por la Policía Nacional el día 16 de diciembre de 2011; acto administrativo aprobado por el Subdirector de Prestaciones Económicas Doctor JORGE EDUARDO REYES AMADOR se encuentra ajustada a derecho y corresponde a la información contable del FONCEP, o si por el contrario corresponde a un trámite irregular que estaría ocasionando un presunto detrimento patrimonial en contra del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP, (...)”

De la misma forma, elevó derecho de petición ante la Personería de Bogotá (ff. 67 – 74), el 28 de mayo de 2012, en la cual solicitó “que a través de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores del Distrito y teniendo en cuenta que recibe quejas sobre el funcionamiento de la administración, investigue, establezca y determine si las actuaciones anteriores y la expedición misma de la Resolución 2363 del día 20 de diciembre de 2011 por la cual la Directora del Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones FONCEP Doctora DIANA MARINA VÉLEZ CÁSQEZ ordenó el pago de cuotas partes pensionales a favor de la POLICIA NACIONAL con ocasión del Acuerdo de Pago 001 – 2011 suscrito con la Policía Nacional el día 16 de diciembre de 2011; acto administrativo aprobado por el Subdirector de Prestaciones Económicas Doctor JORGE EDUARDO REYES AMADOR se encuentra ajustada a derecho y corresponde a la información contable del FONCEP, o si por el contrario corresponde a un trámite irregular que estaría ocasionando un presunto detrimento patrimonial en contra del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP, para lo cual solicito que se ponga en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que considere irregulares, a fin de que sean corregidos y sancionados (...)” Sin embargo, no obra en expediente respuesta allegada en este sentido.

2.3. Análisis de la Sala

El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP –, se encuentra constituido como un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito a la Secretaría de Hacienda del Distrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Acuerdo Distrital 257 de 2006², cuyo objeto principal es “reconocer y pagar las cesantías y las obligaciones pensionales a cargo del Distrito Capital, el cual asume la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá”, y tiene como funciones básicas³:

“(…)”

- a. Reconocer y pagar las cesantías de las servidoras y servidores públicos del Distrito Capital.
- b. Pagar las obligaciones pensionales legales y convencionales de los organismos del Sector Central y las entidades descentralizadas a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá y reconocer y pagar las obligaciones pensionales que reconozca a cargo de las entidades del nivel central y las entidades descentralizadas, que correspondan, de acuerdo con los mecanismos legales establecidos.
- c. [Literal adicionado por el artículo 119 del Acuerdo Distrital 645 de 2016.](#) Verificar y consolidar la información laboral del Sistema de Seguridad Social en Pensiones de las entidades del Sector Central y las entidades descentralizadas a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá.
- d. [Literal adicionado por el artículo 119 del Acuerdo Distrital 645 de 2016.](#) Gestionar, normalizar, cobrar y recaudar la cartera hipotecaria del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital – FAVIDI

(...)”

De conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Acuerdo 01 de 2007⁴ proferido por la Junta Directiva de FONCEP, establece que las personas que prestan sus servicios en la entidad, ostentan el carácter de empleados públicos, y por lo tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente.

Conforme con lo anterior, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, por el cual “se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, clasifica los empleos públicos, así:

“Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

(...) (Resaltado de la Sala).”

Corolario con lo expuesto, se concluye que el cargo de Gerente - Nivel Directivo, Código 039, Grado 04 en la Gerencia de Bonos y Cuotas Partes Pensionales del FONCEP, corresponde a los cargos de libre nombramiento y remoción, y al no existir controversia al respecto, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos, ni haber sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, ni mucho menos la naturaleza del cargo o las funciones desempeñadas; circunstancia que hace viable que el nominador válidamente lo retire del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido, es decir, no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.

En estos casos, el factor determinante para la provisión de estos cargos radica en la confianza y responsabilidad que se necesita para el desempeño de las funciones encomendadas, circunstancia que le permite al nominador disponer libremente para seleccionar y/o retirar a sus empleados, atendiendo las labores a desarrollar y el grado de confiabilidad que se exige, incluso sin que sea necesario expresar los motivos tenidos en cuenta para adoptar tal determinación.

Se debe precisar que el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, como es el de Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales perteneciente al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP, es lo que le confiere al nominador la facultad para disponer libremente de su provisión y/o retiro, lo que supone a *prima facie*, que dichas determinaciones se realizan por motivos de índole personal o de confianza, sin que ello esté prohibido por la ley.

Así lo establecido la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 514 del 16 de noviembre de 1994, con ponencia del doctor José Gregorio Hernández, al manifestar:

“[...] Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o

ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuïto personae [...]”.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción⁵, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia lo ha sostenido, esto es, debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, todo esto en concordancia con lo establecido en el artículo 36 del C.C.A.⁶

Conforme a lo dicho hasta el momento, el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente al demandante se presume precedido de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos, en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, con el objeto de demostrar que el motivo determinante para la desvinculación es diferente a la buena prestación del servicio y en pro del interés general.

Ahora bien, dentro de los cargos endilgados al acto acusado se encuentra el desvío de poder, bajo el argumento que con su expedición no se persiguió el mejoramiento del servicio. Al respecto, copiosa ha sido la jurisprudencia de esta Corporación respecto a la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos, cuando son proferidos en ejercicio de la potestad discrecional, se presume que la decisión ha sido adoptada en beneficio del interés general. De tal suerte que, el demandante se encuentra en la obligación de aportar las pruebas que lleven a esta Sala a la certeza incontrovertible de que los motivos o fines que tuvo la administración son ajenos al interés social en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

Esta Corporación ha manifestado en relación a la desviación de poder que “(...) se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.”⁷

De la misma forma, se ha entendido la desviación de poder “(...) como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. (...)”⁸

De manera tal, que demostrar la causal de desviación de poder, presupone llevar al juzgador a la plena convicción de que la intención de quien profirió el acto se alejó del mejoramiento del servicio y con fines diferentes a los que la norma autoriza.

Conforme lo probado en el proceso, se encuentra demostrado que el demandante ingreso al servicio del FONCEP, el 1 de febrero de 2011, como Gerente de Bonos y Cuotas Partes, Código 39 Grado 01, cargo del nivel directivo (f. 2), y posteriormente a través de la Resolución 0195 del 8 de febrero de 2012, fue declarada insubsistente por la Directora General de la entidad.

Advierte la Sala, que el acto demandado a través del cual la administración ordenó el retiro del demandante, no contiene motivación alguna en relación con los supuestos de hecho y de derecho, ya que en su contenido se dejó registrado que eran en ejercicio de las facultades conferidas, por el literal b del artículo 19 del Acuerdo de Junta Directiva 01 del 2 de enero de 2007, de manera tal, que por ser un cargo de libre nombramiento y remoción, no es necesario que contenga una motivación expresa, ya que se presume expedido en aras del mejoramiento del servicio.

Sin embargo, para desvirtuar esta presunción, se hace necesario que la parte interesada (demandante), allegue todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada, estuvo fundamentada en razones diferentes a la prestación del servicio público en excelentes condiciones. Conforme con ello, es indispensable que en cumplimiento a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, “(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)»

Con fundamento en lo anterior, una de las inconformidades que aduce el demandante se refiere, en síntesis, a que el retiro de la entidad se generó por su renuencia en firmar el proyecto de resolución, por medio del cual se ordenaba el pago de las cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, con ocasión al acuerdo de pago al que había llegado la Directora General del FONCEP, realizado el 16 de diciembre de 2011, por haber advertido inconsistencias de tipo contable y jurídico, que fueron puestas en conocimiento del Comité de Conciliación, el 20 de octubre de 2011, en donde se determinó no conciliar. Afirmó que, aún cuando esta fue la decisión tomada, la Directora General de la entidad a través de la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, ordenó el pago de las cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, sin previa aprobación por parte de la gerencia de Bonos y Cuotas Partes que dirigía el demandante, configurándose de esta forma la desviación de poder alegada en la demanda por parte de la directora del FONCEP.

Del material probatorio allegado al expediente, se estableció que la Policía Nacional inició un proceso de cobro coactivo en contra del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP con relación al pago de unas cuotas partes pensionales, por lo que, con el fin de buscar una solución a la controversia, el Comité de Conciliación de la entidad, en sesión realizada el 20 de octubre de 2011 (Acta 017 – 2011), con la participación de la directora, el subdirector y el demandante, en su calidad de Gerente de Bonos y Cuotas Partes, entre otros, analizaron el caso, y decidieron no conciliar debido a las diferencias existentes en la liquidación de la acreencia (ff. 50 – 57).

Mediante comunicación interna dirigida por el demandante al Subdirector de Prestaciones Económicas del FONCEP (f. 10 – 11), le advirtió de las diferentes irregularidades con relación a las cuentas de cobro del cobro de las cuotas partes pensionales por pagar por parte de la Policía Nacional.

La Directora General, el Subdirector Técnico de FONCEP y los representantes de la Policía Nacional, celebraron Acuerdo de Pago No. 001 – 2001 del 16 de diciembre de 2011 (ff. 395 – 397), con relación a la cancelación de las cuotas partes pensionales adeudadas y desistir del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por FONCEP, así como el de cobro coactivo iniciado por la Policía Nacional.

Con fundamento en lo anterior, se expidió la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, a través de la cual se ordenó el pago de las cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, con ocasión al acuerdo de pago No. 001 – 2011, en el cual FONCEP reconoció y aceptó la obligación de pago por concepto de cuotas partes pensionales por valor de \$415.979.773,60 (ff. 30 – 36).

El 23 de diciembre de 2011, el demandante dirige comunicación interna a la Directora General de FONCEP, con relación a la revisión de la resolución de pago a la Policía Nacional, en el cual le manifestó que:

“(…)

Del análisis efectuado por parte de ésta Gerencia, se concluye que existe diferencia entre el valor que reposa en la contabilidad de ésta Oficina respecto a la suministrada por la POLICIA NACIONAL, tal como se relaciona a continuación:

FONCEP: \$3.506.783.391.00

POLICIA NACIONAL: \$2.855.545.426.00

DIFERENCIA: \$ 651.237.965

En consecuencia y una vez se realicen las respectivas modificaciones que correspondan con la realidad de los estados financieros de la entidad, se procederá a refrendar el respectivo acto administrativo, el cual deberá acompañarse de los soportes establecidos en la Circular 069 de 2008 suscita por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Ministerio de la Protección Social.

Finalmente, me permito solicitarle las instrucciones necesarias para la legalización aplicación e imputación de los pagos a favor de la Policía Nacional, toda vez que es el resultado de una compensación de obligaciones recíprocas, para lo cual se requiere la relación de los terceros, períodos y valores correspondientes a cada uno de los terceros que hacen parte del mencionado acuerdo.”

En ese contexto, procede entonces la Sala a manifestar, luego de analizar las pruebas aportadas al proceso y enlistadas en acápite anterior, que no se configuró el vicio alegado al acto administrativo acusado, en cuanto se tratan de simples especulaciones con relación a los motivos por los cuales se profirió el acto que retiró del servicio al demandante. Se alega que la insubsistencia fue producto de su oposición en la expedición del acto a través del cual se da cumplimiento al acuerdo de las cuotas partes pensionales a favor de la Policía Nacional, sin que esto tenga la capacidad de enervar la presunción de legalidad del acto acusado, ni que haya existido nexo temporal con la declaratoria de insubsistencia, en cuanto fueron proferidos en fechas diversas, con intervalo de tiempo de casi dos meses de diferencia.

Además, la Sala advierte que la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, a través de la cual se da cumplimiento al acuerdo de pago suscrito por el FONCEP con la Policía Nacional, goza de presunción de legalidad sin que se tenga noticia de haber sido desvirtuada, por lo que mal podría entrar a estudiarse su legalidad, cuando no es lo debatido dentro del presente proceso.

No obstante, se allegó al expediente, respuesta dada por la Contraloría Distrital de Bogotá, con ocasión a la queja presentada por el demandante, para que se investigara las actuaciones previas realizadas por el FONCEP ante la expedición de la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, por el cual se ordenó el pago de las cuotas pensionales a favor de la Policía Nacional. El ente de control fiscal mediante oficio del 11 de octubre de 2012 (ff. 307 – 309), da repuesta al derecho de petición, en los siguientes términos:

“(…)

Revisadas las actuaciones correspondientes al pago efectuado por FONCEP a la Policía Nacional, mediante la Resolución N° 2363 del 20 de diciembre de 2011 de Foncep, y como consecuencia de acuerdo de pago 001 – 2011, por concepto de cuotas partes pensionales el cual venía siendo negociado desde hace varios años, sin que hubiera sido posible ninguna determinación al respecto y bajo los parámetros de la Ley 1066 de 2006, la Circular Conjunta de los Ministerios de Hacienda y de la Protección Social 069 de noviembre 4 de 2008, y el Instructivo de la Procuraduría General de la Nación del 31 de octubre de 2008, mediante el cual se hizo un llamado a los Gerentes y Directores de las cajas de previsión social encargadas del reconocimiento de pensiones de jubilación, al igual que a los Gobernadores y Alcaldes Municipales, a buscar alternativas para sanear la cartera correspondiente a las cuotas partes pensionales, mediante acuerdo de pago, cruce de cuentas o compensaciones a través de la figura del acuerdo, que se constituye en una transacción desde el punto de vista legal como solución alternativa para el arreglo de litigios, se determinó llegar a un acuerdo de pago.

Verificados los correspondientes soportes, que sirvieron de base para la firma del acuerdo de pago, se pudo constatar que mediante oficio N° 2006EE140899 del 07 de junio de 2006, de la Subdirección de Obligaciones Pensionales de Foncep, al Director Administrativo y Financiero de la Policía Nacional, le informa:

“Dando respuesta a su oficio No. 00277DIRAF – AFINA de la Policía Nacional y oficio GCP – 1013 del /05/06 de la Caja Nacional de Previsión Social, recibida en La (sic) Secretaría de Hacienda Distrital con radicación citada en la referencia, me permito informarle que hemos recibido cuenta de cobro No. 13116 correspondiente a cuotas partes pensionales con corte a 30 de junio de 2005.”

Agregando “Al respecto le informo que revisados los valores de los cuadros de liquidación (sic) \$1.939.101.705 frente al gran total de cuentas de cobro por \$1.932.042.495.65 enviada por la POLICIA NACIONAL existe diferencia por \$7.059.209.40 generando inconsistencias y la no aprobación a dichas cuentas. (Resaltado fuera de texto).”

Los documentos antes mencionados desmienten las aseveraciones hechas como base de los recursos de reposición y apelación interpuestos por Foncep contra el auto mediante el cual la Policía Nacional profirió el mandamiento de cobro coactivo y demuestra que si era conocido por los funcionarios de Foncep el mencionado documento de cobro. Hay que advertir que en la mencionada cuenta la diferencia existente se encontraba a favor de Foncep.

El escrito referido anteriormente demuestra plenamente que la Policía Nacional si había realizado los cobros correspondientes con corte a 30 de junio de 2005 por valor de \$215.631.096.40 y de años anteriores por valor de \$1.716.411.399.25 para un total de \$1.932.042.495.65 y que Foncep conocía el mencionado documento; incluso cuando afirma que esta cuenta genera inconsistencias al cobrar \$7.059.20940 menos que los reportes con que Foncep realizó el cruce.

En las mesas de trabajo realizadas, preparatorias del acuerdo de pago, fueron corregidas varias inconsistencias encontradas en las liquidaciones de las cuotas partes cobradas, incluso en la realizada el 15 de diciembre de 2011.

Como resultado del acuerdo de pago N° 001 – 2011 del 16 de diciembre de 2011, se verificó la documentación existente entre las dos entidades, se confrontaron los valores liquidados de las cuotas partes pensionales por cada una de las entidades, las cuales fueron liquidadas con base en la Ley 33 de 1985, sin incluir cuotas partes correspondientes a la vigencia 2012; documento que fue suscrito por la Directora del Fondo de Prestaciones Económicas la doctora Diana Marina Vélez V. y el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas el doctor Jorge Eduardo Reyes Amador, funcionarios que ostentaban para ese acto la competencia y representación del Foncep.

En el mencionado acuerdo no se aplicó el fenómeno de la prescripción de que trata el artículo 4 de la Ley 1066 de 2006, ni se cancelaron intereses.

Uno de los aspectos contemplados en el acuerdo, fue la terminación de los procesos de Jurisdicción Coactiva adelantado por parte de la Policía Nacional y el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por parte del Foncep, iniciados por las partes ante los reiterados incumplimientos de los acuerdos adelantados por parte de los funcionarios asignados por Foncep para adelantar la gestión de revisión y pago de las cuotas partes que presentaran diferencias.

Como resultado de la Visita Fiscal, no se observaron hechos que conduzcan a un detrimento fiscal y, se consolidó un informe definitivo, el cual fue presentado a la Gerencia General del Foncep y, aceptado en su totalidad por la misma.

Es de agregar que el mencionado acuerdo y posterior pago se llevo a cabo entre dos entidades gubernamentales sin que se derivara contraprestación para alguna de las partes.

Por lo anterior, le informaron que este ente de control, no observa que como resultado del acuerdo y posterior pago efectuado, se haya producido daño fiscal.

(...).”

Ante la respuesta dada por la Contraloría Distrital de Bogotá, con relación a que no se presenta el detrimento patrimonial alegado por el demandante, con ocasión de la Resolución 2363 del 20 de diciembre de 2011, refuerza el argumento respecto del cual no tuvo injerencia la oposición del demandante para la expedición del acto con la declaratoria de insubsistencia, en cuanto se tratan de actos diversos e independientes, que no dependen el uno del otro, motivo por el cual no se configura la causal alegada de nulidad en la demanda.

Para la Sala, los motivos alegados como desviación de poder para la declaratoria de insubsistencia, se tratan de manifestaciones subjetivas, realizada por el demandante al sustentar su demanda, con base en apreciaciones de índole personal, sin que haya logrado demostrar que las razones que llevaron al nominador a tomar la decisión del retiro, como tampoco se logró desvirtuar que se encuentre sustentado en motivos diferentes al mejoramiento del servicio y en ejercicio de la facultad discrecional que la ley le otorga, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Cabe agregar que, en el recurso de apelación, se hace referencia a la tacha de falsedad del testimonio rendido por la señora Gloria Esther Carrillo Urrutia por parte de la entidad accionada, por ser la demandante dentro de un proceso de similar naturaleza, para lo cual el *a quo*, no lo valoró al decidir la presente controversia, en cuanto la declaración no ofrece imparcialidad.

Al respecto, se advierte que la señora Carrillo Urrutia fue igualmente declarada insubsistente por el mismo nominador que dispuso el retiro del demandante, conforme lo afirma en su declaración (ff. 319 – 325), por la misma época en que lo fue el señor Fajardo Cediél, situación que lleva a considerar que, en razón a sus antecedentes personales y al encontrarse en una situación fáctica similar, no se le puede dar el valor probatorio a su testimonio, conforme así lo realizó en *a quo* en la sentencia objeto de alzada.

No encuentra esta Sala razones para considerar que la desvinculación del señor Jaime Fajardo Cediél se produjo como consecuencia en la oposición de la firma del acuerdo y el consecuente pago de las cuotas partes pensionales a la Policía, pues como en diversas oportunidades se ha sostenido⁹, el desempeño de funciones de conducción y orientación institucional, requieren del más alto grado de confianza en el servidor público, como tampoco se acreditó que los motivos por los cuales fue removido del cargo hayan sido arbitrarios, o impliquen desmejora del

servicio o con fines diferentes a los perseguidos por la ley. .

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰ en sostener que la facultad discrecional no es omnímoda, en cuanto tiene que estar encaminada a la buena prestación del servicio público, por lo cual es procedente estudiar el vicio de legalidad del acto con relación al cargo de uso indebido que hace el nominador de dicha potestad. De igual forma, se ha establecido que cuando se tratan de cargos que implican una especial dignidad y responsabilidad, como es el caso de demandante, los requerimientos para ejercer la potestad discrecional, es más amplia.

Advierte la Sala que los cargos de libre nombramiento y remoción, como es el desempeñado por el demandante, se encuentran destinados a la dirección y conducción de las entidades, por lo que de acuerdo con lo reiterado por esta Sala *“(…) los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacía el mismo propósito. Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral”*¹¹, aplicable en su totalidad para el presente caso.

Así las cosas, las pruebas aportadas fueron insuficientes para demostrar la presunta desviación de poder y al no configurarse los cargos formulados por el demandante en el recurso de apelación, se mantiene incólume la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, motivo por el cual la Sala deberá confirmar la decisión del *a quo*, que negó las pretensiones de la demanda.

III. DECISIÓN

Así las cosas, concluye esta Sala de Subsección, como lo hizo el tribunal de primera instancia, que en el presente asunto no se demostró que el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del señor Jaime Fajardo Cediel en el cargo de Gerente de Bonos y Cuotas Partes Pensionales del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP se hubiera expedido con desviación de poder, carga que le corresponde al demandante, razón por la cual se confirmará la sentencia de 10 de octubre de 2013, que negó las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del diez (10) de octubre de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Jaime Fajardo Cediel contra el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. *“ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:*

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).”.

2. Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones. Artículo 60. Transformación del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI en el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP. Transfórmese el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital - FAVIDI el cual en adelante se denominará Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito a la Secretaría Distrital de Hacienda.

3. Artículo 65 del Acuerdo 257 de 2006 del Concejo de Bogotá

4. Por el cual se adoptan los estatutos de la Junta Directiva del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP

5. *“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”.

6. ARTÍCULO 36. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

7. Consejo de Estado. Sección Segunda, sentencia del 22 de noviembre de 2018 con ponencia del doctor William Hernández Gómez, dentro del

expediente No. 250012342000201501406-01 (5037 - 2016), actor: Gregorio Rodríguez Ordoñez.

8. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009). Demandante: Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

9. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A sentencia del 8 de marzo de 2018, Radicación número: 63001-23-31-000-2010-00192-01(2743-16), Actor: Ruth Marlene Sánchez Vela.

10. Consejo de Estado, Sentencia del 6 de mayo de 2010 dentro del expediente con radicación número: 25000-23-25-000-2003-00411-02(0867-08). Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

11. Consejo de Estado, sentencia del 8 de febrero de 2018 dentro del expediente con radicación número 2500234200020140104701 (3744 - 2016). Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:01:21